



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.526 - SP (2009/0193820-7)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR
 PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIONOR MARTINS ANJOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

3. No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de *crack* e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.

4. Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela concessão do *writ*.

6. Ordem denegada, no entanto.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 17 de março de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.526 - SP (2009/0193820-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIONOR MARTINS ANJOS

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de CLAUDIONOR MARTINS ANJOS, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao Agravo em Execução da defesa, mantendo, no entanto, o indeferimento do pedido de aplicação retroativa do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06.

2. Colhe-se dos autos que o paciente restou finalmente condenado pela prática do crime previsto no art. 12, *caput* da Lei 6.368/76 (narcotraficância), à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 50 dias-multa.

3. No presente *writ*, reitera o impetrante os argumentos expendidos perante o Tribunal de origem, segundo os quais, em suma, seria possível a aplicação retroativa do mencionado dispositivo, uma vez preenchidos os requisitos legais (primariedade, bons antecedentes, abstenção das atividades criminosas e da participação em organização criminosa).

4. Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 67) e prestadas as informações solicitadas (fls. 71/92), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República HENRIQUE FAGUNDES FILHO, manifestou-se pela concessão da ordem, em razão do preenchimento dos requisitos legais (fls. 94/98).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.526 - SP (2009/0193820-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLAUDIONOR MARTINS ANJOS

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. *A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.*

2. *Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.*

3. *No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.*

5. *Parecer do MPF pela concessão do writ.*

6. *Ordem denegada, no entanto.*

1. Pretende o impetrante a aplicação do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas), que permitiu a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. Inicialmente, cumpre frisar que a redução da pena objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo).

3. A controvérsia passa pela admissibilidade de combinação de leis. Louvando-se nos arts. 5o., XL da Constituição Federal e 2o. do CPB, parte da jurisprudência e da doutrina ampliaram as possibilidades de interpretação jurídica para admitir a combinação de normas ou de partes delas, sempre que o resultado encontrado beneficiar, de qualquer forma, o réu ou aquele já condenado. Seguindo essa diretriz jurídica, sem qualquer ressalva ou discussão, podem ser citados, desta Corte, os HC 88.114/MS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJU 03.12.07 e HC 92.272/RJ, Rel. Min. JANE SILVA-Desembargadora convocada do TJMG, DJU 26.11.07.

4. Em interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, o eminente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA já admitiu a retroação da causa de diminuição de pena, vedando, todavia, a fixação de sanção inferior a 1 ano e 8 meses de reclusão, que seria a resultante da aplicação da redução máxima admitida pelo § 4o., incidente sobre o menor tempo de cumprimento fixado no *caput* (5 anos). Nesse sentido: HC 88.006/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 10.12.07.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ao meu modesto sentir, embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a combinação de leis, com a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76.

6. Veja-se que o Magistrado que assim procede está, em verdade, criando uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, que não integrem organização criminosa, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída pela via de interpretação.

7. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica intrínseca do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

8. Não se pode olvidar que o § 4o. faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da novel legislação, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, dada a exacerbação desproporcional da condenação em patamar tão elevado (5 anos), que poderia, em tese, ocorrer, nas hipóteses legais previstas (réu primário, de bons antecedentes e que não integre organização criminosa); deveras, não há como interpretá-lo isoladamente do seu contexto, pinçando somente esse excerto e combinando-o com outra legislação, que previa pena mínima bem menor (3 anos), sob pena de descaracterizar o conjunto da norma.

9. A combinação de normas dificilmente atenderá à finalidade de qualquer uma delas, além de quebrar a lógica intrínseca do sistema jurídico. Já advertia o ilustre mestre NELSON HUNGRIA, *que [...] não podem ser entrosados os dispositivos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis (Comentários ao Código Penal, 1o. vol., 1 t., Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 120).

10. O colendo STF, em tempos de interpretação mais restritiva, também não aceitava a combinação de leis, como se constata do seguinte julgado:

HABEAS-CORPUS. Lex mitior. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da lex mitior, que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5o., XL, da Constituição Federal e § único do art. 2o. do Código Penal (Lei 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da lex mitior não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas-corpus indeferido (HC 68.416/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJU 30.12.92).

11. O insígne doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI apresenta solução intermediária, assim:

91.-C. Aplicação retroativa de lei penal benéfica e a hipótese de combinação de leis penais: não há dúvida de que o disposto no § 4o. do art. 33 é norma penal benéfica, merecendo, conforme o caso, aplicação retroativa, inclusive no tocante a processos já findos, com trânsito em julgado. Porém, deve-se enfrentar uma questão prévia. É viável a combinação de leis penais? Para quem aceitar essa posição, não há problema algum. Toma-se a pena aplicada, com base na Lei 6.368/76, que não tinha esse benefício, fazendo incidir a nova causa de diminuição, quando preenchidos os requisitos da novel lei (primariedade, bons antecedentes, não envolvimento em atividades criminosas, nem integração com organização criminosa). Imaginemos a pena de 3 anos, por tráfico (antigo art. 12 da Lei 6.368/76). Sobre ela incidiria uma diminuição de um sexto a dois terços. O condenado (ou réu) somente teria a ganhar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, há a corrente que não aceita a combinação de leis penais, pois o magistrado estaria, na prática, legislando. Afinal, não há uma lei com pena mínima de 3 anos para o tráfico + causa de diminuição de pena ao primário, de bons antecedentes etc. É a posição que adotamos em nosso Código Penal comentado (conferir a nota 22 ao art. 2o.). Para isso, pensamos ser aplicável ou a Lei 6.368/76 ou a Lei 11.343/2006. Não se pode misturá-las. cremos, ainda, como já sustentamos, ser plenamente possível, no caso concreto, sem divagações teóricas, eleger a melhor lei ao acusado ou sentenciado. Exemplificando: o primeiro passo a dar será o magistrado, conforme a culpabilidade do agente (vide a nota 91-B supra), decidir qual seria a diminuição merecida. Imagine-se que chegou à conclusão de que metade é o ideal. Ora, aplicada essa diminuição sobre a pena mínima de 5 anos, prevista no caput do atual art. 33, teremos 2 anos e 6 meses de reclusão. Tinha o réu recebido a pena mínima de 3 anos, prevista no antigo art. 12 da Lei 6.368/76. Assim sendo, é benéfica a aplicação, por inteiro, da nova Lei 11.343/2006. Porém, se o juiz chegar à conclusão que a diminuição deve ser fixada no patamar mínimo (um sexto), não há razão para aplicar a nova Lei, já que a subtração desse montante da pena mínima de 5 anos resultaria em 4 anos e 2 meses de reclusão. Se o réu tinha sido condenado a 3 anos, com base na anterior Lei 6.368/76, melhor manter essa pena. Não se aplica a Lei 11.343/2006. Em suma, evitando-se a combinação de leis penais, mais escolhendo qual a melhor Lei, caso a caso, é possível optar entre uma ou outra (Leis Penais e Processuais Penais comentadas, 2a. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 331).

12. Ao meu sentir, essa solução atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5o., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico pátrio, vedando ao intérprete da Lei extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente; dessa forma, aplicar-se-ia, em sua integralidade, uma ou outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado, sem a possibilidade, todavia, de combinação de normas.

13. Todavia, no caso concreto, a aplicação do art. 33, § 4o. da Nova Lei de Drogas se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita (fls. 32/33).

14. Ademais, conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de *Habeas Corpus*, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO.

1. *Inviável a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o., da Lei 11.343/2006, se expressamente reconhecido no v. acórdão que a paciente dedica-se à atividade criminosa do tráfico.*

2. *Na linha de precedentes desta Corte, a grande quantidade de drogas, aliada a outras circunstâncias do caso concreto, é apta a evidenciar a dedicação à atividade delituosa do tráfico, impedindo a incidência da minorante do art. 33, § 4o., da Lei 11.343/06.*

3. *Destarte, a conclusão do Tribunal de origem só poderia ser infirmada a partir de análise profunda do material probatório, medida incabível na via do habeas corpus (Precedentes).*

(...).

Habeas corpus parcialmente concedido para fixar o regime inicial semiaberto (HC 162.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 20.09.2010).

15. Ante o exposto, não obstante o parecer ministerial em contrário, denega-se a ordem.

16. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0193820-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 149.526 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 597195

990081625385

EM MESA

JULGADO: 17/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLAUDIONOR MARTINS ANJOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.